

S. 75 / Nr. 22 Strafgesetzbuch (d)

BGE 73 IV 75

22. Urteil des Kassationshofes vom 7. März 1947 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt gegen Schmidlin.

Regeste:

Art. 41 Ziff. 1 StGB. Voraussetzungen des bedingten Strafvollzuges.

Art. 41 ch. 1 CP. Conditions du sursis.

Art. 41, cifra 1 CP. Condizioni della sospensione condizionale della pena.

A. Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt verurteilte Schmidlin am 15. Januar 1947 wegen fahrlässiger Störung des öffentlichen Verkehrs und fahrlässiger

Seite: 76

Tötung zu drei Monaten Gefängnis und büsste ihn mit zweihundert Franken, weil er am 3. Mai 1946 mit einem Personenautomobil einen Menschen (den Knecht Vinzenz Hügin) überfahren und getötet hatte. Im Gegensatz zur ersten Instanz (Strafgericht) schob es den Vollzug der Strafe auf mit einer Probezeit von fünf Jahren. Dem Grade des (in der Tat schweren) Verschuldens, so wird in den Erwägungen ausgeführt, könne in dieser Frage, entgegen der Auffassung des Strafgerichts, keine entscheidende Bedeutung zukommen. Wenn die in Art. 41 StGB aufgezählten Voraussetzungen erfüllt seien, so müsse nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes der bedingte Strafvollzug gewährt werden, selbst wenn noch so beachtliche kriminalpolitische Erwägungen dagegen sprechen. Das Strafgericht habe die Rechtswohltat freilich in erster Linie abgelehnt, weil die anlässlich des Unfalls bewiesene Rücksichtslosigkeit, die draufgängerische Charakterveranlagung des Verurteilten und seine mangelnde Einsicht nicht erwarten liessen, dass er durch eine bedingte Strafe künftig von ähnlichen Vergehen abgehalten werde. Doch könne diese Prognose nicht aufrechtgehalten werden. Dass Schmidlin sich im Aktivdienste unter den dortigen besonderen Verhältnissen als forscher Unteroffizier zeigte, vermöge ihn nicht zu belasten. Die schlechte Auskunft seines Fahrlehrers, mit dem er in einem Forderungsprozess stehe, sei nicht objektiv. Im übrigen habe Schmidlin einen guten Leumund. Ein offener Schaden bestehe nicht mehr; er sei durch Versicherungsleistungen gedeckt. Bei der Einvernahme vor Appellationsgericht habe der Verurteilte die Schwere seines Verschuldens eingesehen. Diese freilich späte Reue trage den Stempel der Aufrichtigkeit.

B. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt ficht das Urteil des Appellationsgerichts insoweit mit Nichtigkeitsbeschwerde an, als es die Gefängnisstrafe bedingt vollziehbar erklärt hat. Sie hält die Auffassung, dass beim Vorliegen der in Art. 41 StGB genannten Voraussetzungen der bedingte Vollzug gewährt werden

Seite: 77

müsse und dass es auf den Grad des Verschuldens nicht entscheidend ankomme, für bundesrechtswidrig.

C. - Schmidlin beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 41 Ziff. 1 StGB kann der Richter den Vollzug einer Gefängnisstrafe von nicht mehr als einem Jahr oder einer Haftstrafe (Abs. 1) aufschieben, wenn (Abs. 2) Vorleben und Charakter des Verurteilten erwarten lassen, er werde durch diese Massnahme von weiteren Verbrechen oder Vergehen abgehalten, wenn überdies (Abs. 3) der Verurteilte innerhalb der letzten fünf Jahre weder in der Schweiz noch im Auslande wegen eines vorsätzlichen Verbrechens oder Vergehens eine Freiheitsstrafe verbüsst hat und wenn (Abs. 4) er den gerichtlich oder durch Vergleich festgestellten Schaden, soweit es ihm zuzumuten war, ersetzt hat.

Im wesentlichen gleich lautete schon Art. 335 BStP. Das Bundesgericht nahm an, selbst beim Zutreffen der im Gesetz genannten Voraussetzungen stehe die Gewährung des bedingten Strafvollzuges immer noch im (pflichtgemässen) Ermessen des Richters (BGE 61 I 446; 63 I 265). Gleich legt das Militärkassationsgericht den ebenfalls ähnlich lautenden Art. 32 MStG aus (MKGE 2 No. 11, 31; 3 No. 81, 97; 4 No. 60, 75). Ob auch Art. 41 StGB es gestatte, den bedingten Strafvollzug «ausnahmsweise» noch von weiteren Erfordernissen abhängen zu lassen, hat das Bundesgericht bisher offen gelassen (BGE 68 IV 81). Nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift und dem durchwegs festgehaltenen Sprachgebrauch des Gesetzes muss die Frage bejaht werden. Wo das StGB an einen Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge zwingend, für den Richter bindend knüpfen will, drückt es sich stets auch sprachlich entsprechend, in Form eines Gebotes aus («so ordnet der Richter an», «so verfügt der Richter», usw.). Auch in Art 41 Ziff. 1 würde das zweifellos geschehen sein, wenn

Seite: 78

den darin aufgezählten Voraussetzungen des bedingten Strafaufschubes jene Bedeutung zukäme. Die Wendung «kann» lässt nur die Deutung zu, dass auch beim Vorliegen dieser Voraussetzungen dem Richter ein gewisses Ermessen bleiben soll.

Freilich ist es kein völlig freies, ungebundenes. Schon aus der eingehenden gesetzlichen Ordnung der Erfordernisse, die erfüllt sein müssen, damit der bedingte Strafvollzug gewährt werden kann, ergibt sich, dass es nicht zulässig sein kann, daneben noch weitere allgemeine Voraussetzungen aufzustellen, bei deren Fehlen er schlechthin zu verweigern wäre; so z. B. ihn allgemein für bestimmte Kategorien von Vergehen wegen ihrer Art oder Häufigkeit (aus Gründen der Generalprävention) abzulehnen oder schon allein wegen irgend einer Vorstrafe, auch wenn sie nicht verbüsst worden ist oder die Verbüssung mehr als fünf Jahre zurückliegt oder sie zwar innerhalb der letzten fünf Jahre erstanden wurde, aber nur ein fahrlässiges Vergehen betraf, oder bloss weil ein in seinem Betrage ungewisser und weder gerichtlich noch durch Vergleich festgestellter Schade nicht gedeckt worden ist. Indem das Gesetz die Massnahme bei allen Haftstrafen und allen Gefängnisstrafen, die ein Jahr nicht übersteigen, zulässt, ohne Unterscheidung danach, wofür sie ausgesprochen wurden, Vorstrafen und Unterlassung der Schadensdeckung nur in den durch Art. 41 Ziff. 1 Abs. 3 und 4 umschriebenen Fällen als einen absoluten Verweigerungsgrund behandelt, hat es zugleich auch darüber hinausgehenden allgemeinen Erfordernissen nach den bezeichneten Richtungen einen Riegel gestossen. Wenn andere Gründe als die im Gesetz aufgezählten für die Verweigerung entscheidend sein sollen, so können sie nur den Umständen des konkreten Falles und den persönlichen Verhältnissen gerade dieses Täters entnommen werden. Auch dürfen sie dem Sinn und Geist des Gesetzes, dem Grundgedanken der Einrichtung des bedingten Strafvollzuges nicht widersprechen, der dahin geht, den Täter schon durch die in der

Seite: 79

ausgesprochenen Strafe liegende Warnung zu bessern, wenn dafür begründete Aussicht besteht und er diese Behandlung nach seiner Persönlichkeit verdient. In diesem Rahmen steht ihrer Berücksichtigung nichts entgegen, wenn sich die darauf gestützte Entscheidung sachlich vertreten lässt.

Das Bundesgericht hat es denn auch stets als zulässig erklärt, neben dem Vorleben des Täters und dem, was sonst über seinen «Charakter» bekannt ist, auch die besonderen Umstände der Tat, ihre Beweggründe und das Verhalten des Täters nach der Tat (im Strafverfahren) heranzuziehen und danach den Strafaufschub u. a. zu verweigern: wenn die Tat der Ausfluss einer bestimmten Überzeugung ist und nach dem ganzen Verhalten des Täters nicht angenommen werden kann, er werde sich von dieser abbringen lassen (BGE 68 IV 77, 81), oder wenn die Tat von einer besonderen Missachtung der Interessen anderer zeugt (68 IV 77) oder der Verurteilte kurz nach dem Ablauf der Probezeit für eine bedingt ausgesprochene Strafe wieder ein gleiches Vergehen begangen hat (69 IV 200) oder nichts unternommen hat, um den noch nicht durch Urteil oder Vereinbarung festgestellten Schaden wenigstens in dem von vorneherein sicheren Betrage zu decken (70 IV 106) und sich so für die Folgen seiner Tat völlig gleichgültig zeigt, oder wenn er keine Einsicht in die Verwerflichkeit seiner an sich zugestandenen Handlungsweise bekundet (Urteil vom 20. September 1946 i.S. Simonin, s. auch 69 IV 113: fortgesetztes verantwortungsloses und verabscheuenswürdiges Verhalten verbunden mit Einsichtslosigkeit). Es wurden darin Anzeichen eines Charakters erblickt, der eine bessernde Wirkung des bedingten Strafvollzuges nicht erwarten lasse.

Doch ist nicht zu verkennen, dass dies vielfach dem sonst anerkannten Begriffe des Charakters nicht entspricht, als der seelischen Eigenart (Individualität) eines Menschen, wie sie allgemein in seinem Verhalten gegenüber an ihn herantretenden äusseren Umständen zu Tage tritt,

Seite: 80

und dass dabei aus Vorgängen auf einen «Charakterfehler» geschlossen wird, welche diesen Schluss ohne eine Verschiebung des Begriffs nicht oder doch nur mit einem gewissen Zwang zulassen.

Richtiger ist es, darin Tatsachen zu sehen, welche die Verweigerung des bedingten Strafvollzuges auch dann rechtfertigen können, wenn er durch Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2-4 nicht ausgeschlossen wäre, weil sie die Gewähr für die bessernde Wirkung einer bedingt ausgesprochenen Strafe nicht als gegeben erscheinen lassen. Wo für die Verweigerung solche Gründe angerufen werden können, ist es auch nicht unstatthaft, daneben unterstützend generalpräventive Überlegungen heranzuziehen, die Erwägung, dass die Häufigkeit und besondere Gefährlichkeit eines bestimmten strafbaren Verhaltens es gebiete, an die Beurteilung der Aussichten, welche der Täter für künftiges Wohlverhalten bietet, einen besonders strengen Massstab anzulegen. Die Entscheidung darf nur nicht ausschliesslich oder vorwiegend auf solche Überlegungen gestützt werden (BGE 70 IV 2). Ob es darüber hinaus angehe, auch wenn jene günstige Prognose gegeben wäre, den bedingten Aufschieb ausnahmsweise einmal

unter ganz besonderen Verhältnissen dennoch abzulehnen, so weil die begleitenden Umstände der Tat derart seien, dass dem allgemeinen Rechtsbewusstsein, auch einem geläuterten, nur eine wirkliche Sühne Genüge tun könne, mag dahingestellt bleiben. Im vorliegenden Falle stellt sich diese Frage nicht.

2. Das Appellationsgericht hat dem Verurteilten den bedingten Strafvollzug deshalb bewilligt, weil es der Meinung war, er müsse nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gewährt werden, sobald die im Gesetz bestimmten Voraussetzungen zutreffen, und weil danach auch die durch die Tat bekundete besondere Rücksichtslosigkeit, die es selbst bei Erörterung des Strafmasses feststellte, nur zur Verweigerung führen dürfte, wenn sie als Ausfluss eines auch sonst schon zu Tage getretenen Charakterzuges

Seite: 81

im oben umschriebenen eigentlichen Sinne des Begriffes erschiene. Da beides nicht zutrifft, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung auf Grund der vorstehenden Erwägungen an das Appellationsgericht zurückzuweisen. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Strafgerichts, die im zweitinstanzlichen Urteil übernommen werden, fuhr Schmidlin von Anfang an mit weit übersetzter Geschwindigkeit, 60-70 km, wahrscheinlich noch mehr, innerorts auf einer Strasse mit vielen Ein- und Ausfahrten; als er den Fuhrmann und das von ihm geführte Pferd wahrte, der sich von der rechten Strassenseite nach der Mitte der Strasse bewegte, um zum linksseitigen Trottoir und der dortigen Hofeinfahrt zu gelangen, steigerte er diese Geschwindigkeit noch («gab Gas»), um womöglich im letzten Augenblick auf der linken Strassenhälfte an dem Manne vorbeizufahren (wie er sich nach dem Unfall ausdrückte in der Meinung, es werde dazu «noch reichen»), und bremste erst, als er einsah, dass ihm das nicht mehr gelingen werde. Eine derart rücksichtslose Fahrweise kann aber zur Verweigerung des bedingten Strafvollzuges führen: dem Sachrichter kann nicht verwehrt werden, darin den Beweis einer Skrupellosigkeit, Hemmungslosigkeit zu sehen, die ihm, selbst wenn sie früher nicht zu Tage getreten war, das Vertrauen nicht gibt, der Verurteilte werde auch ohne effektive Strafe künftig ähnlichen Versuchungen widerstehen, wie sie an ihn als Motorfahrzeugführer täglich herantreten können. Es muss dem Appellationsgericht überlassen bleiben, den Tatbestand auf dieser rechtlichen Grundlage nach seinem pflichtgemässen Ermessen zu würdigen. Dass der Verurteilte vor zweiter Instanz erklärte, sein Verhalten zu bereuen, wurde jene negative Beurteilung der Besserungsaussichten nicht ausschliessen. In der Untersuchung und noch vor Strafgericht hat Schmidlin keinerlei Einsicht gezeigt, sondern im Gegenteil seine unverantwortliche Fahrweise als zulässig hinzustellen versucht. Die Einsicht ist ihm erst nach der vom Strafgericht ausgesprochenen

Seite: 82

unbedingten Verurteilung gekommen. Nur nebenbei mag noch bemerkt werden, dass nicht nur der Fahrlehrer bei den angestellten polizeilichen Erhebungen Schmidlin als einen unbeherrschten, draufgängerischen Fahrer bezeichnet hat.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 15. Januar 1947 insoweit aufgehoben, als es den Vollzug der Gefängnisstrafe bedingt aufgeschoben hat, und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen